

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SR120006-O /U/eh

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. M. Langmeier, Präsident, lic. iur. S. Volken und Ersatzoberrichterin lic. iur. C. Brenn sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Stark

Beschluss vom 26. Juli 2012

in Sachen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
vertreten durch Oberstaatsanwalt lic. iur. M. Bürgisser,
Gesuchstellerin

gegen

A._____, (alias: A1._____)
Verurteilter und Gesuchsgegner
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

betreffend

Änderung der Sanktion (Rückweisung)

**Urteile des Geschworenengerichtes des Kantons Zürich vom 6./12. Mai 1993
und 4. Juli 1995, 3/92 und 3/95**

**Urteil der I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom
6. Juli 1987, 83/87 E (Strafrest)**

**Urteil der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Dezember 1985,
04-1023/1985 (Strafrest)**

**Entscheid des Assise correzionali di Locarno-città vom 16. September 1982
(Strafrest)**

**Beschluss der Revisionskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich
vom 29. März 2010, UW090006**

**Beschluss des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom
10. September 2010, AC100011 (Rückweisung)**

**Beschluss der Revisionskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich
vom 22. November 2010, UW090006**

**Beschluss des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 30. April 2011,
AC110001**

**Urteil des Bundesgerichtes, strafrechtliche Abteilung, vom 2. März 2012,
6B_404/2011**

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Bisheriger Verfahrensgang

1.1. Das Geschworenengericht des Kantons Zürich verurteilte den Gesuchsgegner A._____ (ehemals A1._____) mit Urteilen vom 6./12. Mai 1993 und 4. Juli 1995 wegen Mordes, vorsätzlicher Tötung und weiterer Delikte zu 20 Jahren Zuchthaus (vgl. Urk. 1/6 S. 4 ff. und S. 83 f.). Von der Anordnung einer Verwahrung im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB wurde abgesehen (Urk. 1/6 S. 78 f.).

1.2. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich stellte am 24. November 2009 unter Hinweis auf den Antrag des Amtes für Justizvollzug vom 22. Oktober 2009 beim Obergericht des Kantons Zürich das Gesuch, der Gesuchsgegner sei gestützt auf Art. 65 Abs. 2 StGB nachträglich zu verwahren (Urk. 1/2 i.V.m. Urk. 1/3).

1.3. Die (damalige) Revisionskammer des Obergerichtes erachtete die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des Verfahrens im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB als gegeben und wies das Geschworenengericht mit Beschluss vom 29. März 2010 an, in Sachen des Gesuchsgegners über das Vorliegen der Voraussetzungen einer nachträglichen Verwahrung zu entscheiden (Urk. 1/27).

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsgegner kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich, welches die Beschwerde am 10. September 2010 guthiess, den Beschluss der damaligen Revisionskammer des Obergerichtes vom 29. März 2010 aufhob und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückwies (Urk. 2/2).

1.5. Mit Beschluss vom 22. November 2010 wies daraufhin die damalige Revisionskammer des Obergerichtes das Gesuch der Oberstaatsanwaltschaft um Verfahrenswiederaufnahme ab (Urk. 2/23).

1.6. Dagegen erhob die Oberstaatsanwaltschaft kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, die das Kassationsgericht mit Beschluss vom 30. April 2011 abwies, soweit es darauf eintrat (Urk. 2/31).

1.7. Die Oberstaatsanwaltschaft erhob dagegen Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht und beantragte im Wesentlichen die Aufhebung des Beschlusses des Kassationsgerichtes vom 30. April 2011, des Beschlusses der (damaligen) Revisionskammer vom 22. November 2010 sowie des Beschlusses des Kassationsgerichtes vom 10. September 2010 und die Rückweisung der Sache zur neuen Beurteilung an die gemäss Art. 453 Abs. 2 StPO bzw. § 212 Abs. 1 lit. a GOG/ZH zuständige Behörde (Urk. 2/34). Das Bundesgericht hiess mit Urteil vom 2. März 2012 die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft gut, hob den Entscheid der (damaligen) Revisionskammer vom 22. November 2010 und die Entscheide des Kassationsgerichtes vom 10. September 2010 und 30. April 2011 auf und wies die Sache an die Revisionskammer des Obergerichtes zur Neuurteilung zurück (Urk. 3).

1.8. Bereits mit Eingabe vom 23. Februar 2012 reichte das Amt für Justizvollzug im Sinne eines Eventualbegehrens für den Fall, dass das vorliegende Gesuch der Oberstaatsanwaltschaft abgewiesen werde, einen Antrag auf nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme beim Bezirksgericht Horgen ein. Wie vom Amt für Justizvollzug beantragt, sistierte das Bezirksgericht Horgen das Nachverfahren (Urk. 36). Die Akten des Nachverfahrens inklusive der Vollzugsakten wurden beim Bezirksgericht Horgen beigezogen (Urk. 41/1-8).

2. Anwendbares Recht und Zuständigkeit

2.1. Art. 65 Abs. 2 Satz 2 StGB hält fest, dass sich Zuständigkeit und Verfahren für Gesuche um nachträgliche Anordnung einer Verwahrung nach den Regeln für die Wiederaufnahme richten. Wie bereits in der Präsidialverfügung vom 26. März 2012 festgehalten, kommen vorliegend die Bestimmungen des Revisionsverfahrens im Sinne von Art. 411 ff. StPO zur Anwendung, da gemäss Art. 453 Abs. 2 StPO auf Verfahren, die zur neuen Beurteilung zurückgewiesen werden, neues Recht anwendbar ist (Urk. 8).

2.2. Über Revisionsverfahren entscheidet das Obergericht als Berufungsgericht (Art. 411 Abs. 1 Satz 1 StPO und Art. 21 Abs. 1 lit. b StPO i.V.m. § 49 GOG), wobei gemäss interner Geschäftsverteilung des Obergerichtes die I. und der II. Strafkammer als Berufungsgericht amten.

2.3. Entsprechend wurde mit Verfügung des Präsidenten des Obergerichtes vom 16. März 2012 das Verfahren zuständigkeitshalber den Berufungskammern dieses Gerichts überwiesen (Urk. 4) und in der Folge der I. Strafkammer zugeteilt, wo das Verfahren am 19. März 2012 einging.

3. Revisionsverfahren

3.1. Mit Beschluss der I. Strafkammer des Obergerichtes vom 20. April 2012 wurde der amtlichen Verteidigung sowie dem Kassationsgericht als 'Vorinstanz' in Anwendung von Art. 412 StPO Frist angesetzt, um zum Revisionsbegehren der Oberstaatsanwaltschaft Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurden die Verteidigung und die Oberstaatsanwaltschaft ersucht mitzuteilen, welches Bezirksgericht für die allenfalls erforderliche materielle Beurteilung des Gesuchs betreffend nachträgliche Anordnung der Verwahrung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB als zuständig erachtet werde (Urk. 17).

3.2. Die Oberstaatsanwaltschaft teilte mit, dass nach ihrer Auffassung das Bezirksgericht Zürich zuständig sei (Urk. 19 S. 2). Das Kassationsgericht teilte mit, dass es sich nicht als Vorinstanz betrachte und auf eine Stellungnahme verzichte (Urk. 23). Die Verteidigung beantragt unter Verweis auf ihre frühere Stellungnahme (Urk. 1/24) die Abweisung des Gesuches auf nachträgliche Anordnung einer Verwahrung. Eventualiter beantragt sie die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens über den Gesuchsgegner. Für den Fall einer materiellen Behandlung des Gesuches erachtet sie ebenfalls das Bezirksgericht Zürich für zuständig (Urk. 24).

3.3. Die Eingaben waren der jeweiligen Gegenseite zur Stellungnahme zugestellt worden (Urk. 26). Während die Verteidigung auf eine Stellungnahme verzichtete (Urk. 28), liess sich die Oberstaatsanwaltschaft insbesondere zum Beweisantrag

der Verteidigung (Einholung eines Gutachtens) vernehmen (Urk. 30). Diese Eingabe wurde wiederum der Verteidigung zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt (Urk. 32) und Letztere liess sich dazu ebenfalls vernehmen (Urk. 38).

3.4. Nachdem die Oberstaatsanwaltschaft auf eine Stellungnahme zur Eingabe der Verteidigung verzichtete (Urk. 43), erweist sich das vorliegende Revisionsverfahren als spruchreif.

4. Haft

Das (ordentliche) Ende der mit Urteilen des Geschworenengerichtes ausgefallten Freiheitsstrafe fiel (unter Einbezug weiterer Reststrafen aus drei früheren Urteilen; vgl. Urk. 1/10) laut Vollzugsdaten des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich auf den 8. Oktober 2010 (Urk. 1/3 S. 1). Seither befindet sich der Gesuchsgegner gestützt auf § 58 der kantonalen Strafprozessordnung des Kantons Zürich (StPO/ZH) bzw. gestützt auf Art. 221 der nunmehr anwendbaren Eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO, vgl. Urk. 8) in Sicherheitshaft (Urk. 2/15; Urk. 2/23 S. 18; Urk. 15). Nachdem die Sicherheitshaft gemäss BGE 137 IV 180 (= Pra 101 [2012] Nr. 12) in analoger Anwendung von Art. 227 Abs. 7 StPO zu befristen ist, wurde die Sicherheitshaft mit Präsidialverfügung vom 16. April 2012 vorerst bis zum 16. Oktober 2012 verlängert, wobei weitere Verlängerungen ausdrücklich vorbehalten wurden (Urk. 15).

5. Bindungswirkung des Rückweisungsurteils

Im Falle eines bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheids hat die mit der Neuurteilung befasste kantonale Instanz die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wird, ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Die Bindungswirkung bundesgerichtlicher Rückweisungsentscheide ergibt sich aus dem Bundesrecht. Früher wurde sie für Zivil- und Strafsachen in Art. 66 Abs. 1 aOG bzw. Art. 277^{ter} aBStP ausdrücklich statuiert, heute ergibt sie sich (unverändert) aus dem ungeschriebenen Bundesrecht, da diese Bestimmung wegen ihrer Selbstverständlichkeit nicht ins neue Bundesgerichtsgesetz überführt wurde (BGE 135 III 334 E. 2.1; Urteile des Bundesgerichtes 1B_183/2010 vom 14. Juli 2010

E. 2 und 6B_372/2011 vom 12. Juli 2011 E. 1.1; vgl. auch Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4346 Ziff. 4.1.4.5). Die erkennende Kammer als 'Nachfolgerin' der Revisionskammer ist somit an die Auffassung des Bundesgerichtes gebunden.

II. Revisionsverfahren

1. Voraussetzungen

1.1. Die Prüfung eines Revisionsgesuches gestaltet sich zweistufig. In einem ersten Schritt prüft das Berufungsgericht, ob die geltend gemachten Revisionsgründe gegeben sind, wobei insbesondere bei den Gründen nach Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO die Revisionsgründe nur glaubhaft zu machen sind (BSK StPO - Heer, Basel 2011, Art. 413 N 5; Fingerhuth, Kommentar zur StPO, Zürich 2010, Art. 410 N 55; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 413 N 2). Erachtet das Berufungsgericht die geltend gemachten Revisionsgründe als gegeben, so tritt es auf das Revisionsgesuch ein und hebt soweit erforderlich den angefochtenen Entscheid auf (sog. Bewilligungsverfahren resp. 'le rescindant').

In einem zweiten Schritt entscheidet das Berufungsgericht sodann, ob es die zu beurteilende Sache an die Vorinstanz (oder eine andere Behörde) zur neuen Behandlung und Beurteilung zurückweist oder selber einen neuen Entscheid fällt (Art. 413 Abs. 1 und 2 StPO). Die eingehende Prüfung der neuen Tatsachen und Beweismittel sowie deren Auswirkungen auf das Sachurteil bzw. die Sanktion bleiben bei Gutheissung des Gesuchs grundsätzlich dem späteren Entscheid des Sachrichters vorbehalten (Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., Art. 413 N 2; sog. wiederaufgenommenes Verfahren resp. 'le rescisoire'; vgl. dazu BGE 116 IV 353 E. 4b). Einen reformatorischen Entscheid fällt das Berufungsgericht nur dann, wenn die Aktenlage einen sofortigen Entscheid erlaubt (Art. 413 Abs. 2 lit. a StPO).

1.2. Diese Grundsätze gelten auch bei der nachträglichen Anordnung einer Verwahrung. Insbesondere besteht auch die Zweiteilung in das Bewilligungsverfah-

ren und das wiederaufgenommene Verfahren (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6B_1062/2009 vom 3. November 2010 E. 2.2, nicht publiziert in BGE 137 IV 59). Jedoch ist zu beachten, dass es sich hierbei um eine Revision zuungunsten des Verurteilten handelt, weshalb strengere Anforderungen angezeigt sind. Dies gilt einerseits für das Vorliegen neuer Tatsachen oder Beweismittel, andererseits für deren Erheblichkeit (BSK Strafrecht I - Heer, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 65 N 88).

1.3. Auf ein Revisionsgesuch im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB ist unter vier Voraussetzungen einzutreten (vgl. dazu Urk. 3 S. 5 ff. E. 2.2; BGE 137 IV 59 E. 5.1 = Pra 100 [2011] Nr. 109; Heer, Nachträgliche Verwahrung – ein gesetzgeberischer Irrläufer, AJP 2007 S. 1031 ff.):

- a) Die Revision muss auf *Tatsachen oder Beweismitteln* beruhen, welche die Feststellung erlauben, dass die Voraussetzungen für die Verwahrung erfüllt sind.
- b) Diese Tatsachen oder Beweismittel müssen *neu* sein.
- c) Die Voraussetzungen für die Verwahrung müssen bereits *im Zeitpunkt der Urteilsfällung* erfüllt gewesen sein.
- d) Die neuen Tatsachen oder Beweismittel müssen *erheblich* sein.

2. Prüfung des Revisionsgesuches

2.1. Vorliegen von neuen Tatsachen und Beweismitteln

2.1.1. Revisionsrechtlich sind Tatsachen oder Beweismittel neu, wenn sie dem Gericht nicht bekannt waren und ihm nicht bekannt sein konnten, im Urteilszeitpunkt aber schon bestanden haben (Urk. 3 S. 8 f. E. 2.2.2).

2.1.2. Das Bundesgericht hält im Rückweisungsentscheid ausdrücklich fest, dass dem neuen Gutachten der Psychiatrischen Universitätsklinik (PUK) vom 13. Mai 2009 (Urk. 42) die Qualität eines revisionsrechtlichen Novums zukomme. Dies begründet es einerseits damit, dass dieses Gutachten die Beurteilung der Gefährlichkeit des Gesuchsgegners durch den früheren Gutachter, Dr. B._____, auf den sich das Geschworenengericht im Urteilszeitpunkt stützte, als unzutreffend erscheinen lasse. Das neue Gutachten lege anhand einer eingehenden Analyse der Persönlichkeit des Gesuchsgegners und der begangenen Taten dar, dass der frühere Gutachter von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausge-

gangen sei (Urk. 3 S. 8 f. E. 2.5.1). Andererseits führt das Bundesgericht aus, das neue Gutachten stütze sich mindestens teilweise auf wissenschaftliche Grundlagen, die im Zeitpunkt der ursprünglichen Gutachtenserstellung und des Ersturteils noch nicht existierten (Urk. 3 S. 9 f. E. 2.5.2). Die Gutachterin vertrete nicht lediglich eine abweichende diagnostische und prognostische Meinung, sondern stelle die Gefährlichkeit des Gesuchsgegners sowohl in tatsächlicher wie auch zeitlicher Hinsicht auf eine andere Grundlage, indem sie aus der psychiatrischen Befunderhebung mit Diagnosestellung der 'Psychopathy' neu eine vom Alkoholkonsum unabhängige, permanente sowie unveränderliche, ausserordentlich hohe Gefährlichkeit des Beschwerdegegners für Gewaltverbrechen ableite. Diese Umstände, welche die tatsächlichen Annahmen der Gefährlichkeitsbeurteilung des früheren Sachverständigen als unrichtig umzustossen vermöchten, seien dem Geschworenengericht im Urteilszeitpunkt nicht bekannt gewesen und hätten ihm auch nicht bekannt sein können (Urk. 3 S. 10 E. 2.5.3). Somit liegen gemäss Bundesgericht neue Tatsachen und Beweismittel vor. Entsprechend erübrigt es sich auch, (im Bewilligungsverfahren) ein neues Gutachten einzuholen, wie es von der Verteidigung beantragt wurde. Ob das Gutachten der PUK auch aufgrund der seither vergangenen Zeit genügt, um abschliessend über die Verwahrung zu urteilen, wird im (allenfalls) wieder aufgenommenen Verfahren zu entscheiden sein (vgl. unten E. 3.2).

2.2. Verwahrung im Urteilszeitpunkt

2.2.1. Betreffend diese Voraussetzung ist präzisierend festzuhalten, dass nicht bereits im Bewilligungsverfahren materiell zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen von Art. 64 StGB erfüllt waren. Vielmehr geht es darum, dass ein Fehler im früheren Entscheid korrigiert werden soll. Entwicklungen des Täters im Verlaufe des Strafvollzugs (beispielsweise Verweigerung der Therapie, Aggressivität sowie Drohungen mit künftigen Straftaten) seit dem Urteil können revisionsrechtlich nicht massgebend sein. Es kann nicht Aufgabe des Gerichtes im Verfahren um Wiederaufnahme sein, ein rechtskräftiges Urteil einem seither veränderten Sachverhalt anzupassen. Entsprechend ist erforderlich, dass das Novum bereits zum Zeitpunkt des Urteils bestand (BSK Strafrecht I - Heer, a.a.O., Art. 65 N 77 f.). Ob

die Voraussetzungen für eine Verwahrung tatsächlich heute erfüllt sind und es auch bereits im Zeitpunkt des Urteils waren, ist (erst) im wieder aufgenommenen Verfahren zu beurteilen (so auch ausdrücklich BGE 137 IV 59 E. 5.2 a.E.).

2.2.2. Wie erwähnt ist im wiederaufgenommenen Verfahren zu beurteilen, ob die Voraussetzungen für eine Verwahrung bereits im Zeitpunkt des Urteils erfüllt waren (BGE 137 IV 59 E. 5.2 a.E.). Massgebend ist unter diesem Gesichtspunkt einzig, ob das Novum, d.h. die oben genannten Umstände (Gesundheitszustand und die Gefährlichkeit des Gesuchsgegners) bereits im Urteilszeitpunkt, d.h. im Jahre 1993 bzw. 1995, vorlagen. Diese Frage wird vom Bundesgericht unter Hinweis auf das Gutachten der PUK bejaht (Urk. 3 S. 10 E. 2.5.3). Dies ist überzeugend und im Übrigen ist die erkennende Kammer daran gebunden. Lediglich der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass im Gutachten ausdrücklich ausgeführt wird, aus forensisch-psychiatrischer Sicht hätten die Voraussetzungen für eine Verwahrung bereits im Urteilszeitpunkt, als noch Art. 43 aStGB anwendbar war, bestanden. Die Auskünfte des Gutachters vor Geschworenengericht seien in der Sache falsch gewesen (Urk. 42 S. 88; vgl. auch Urk. 6 S. 78 E. 2.1 und Urk. 27 S. 29). Die Gutachterin diagnostiziert beim Gesuchsgegner eine dissoziale Persönlichkeitsstörung (ICD-10: F60.2), die Kriterien seien in markanter Weise erfüllt (Urk. 42 S. 71 und S. 85). Zudem zeige er die Persönlichkeitskonfiguration der 'Psychopathy' in sehr hohem Ausprägungsgrad (Urk. 42 S. 72 f.). Hinsichtlich schwerer Gewaltdelikte sei das Rückfallrisiko als ausserordentlich hoch einzuschätzen, insbesondere auch weil seine spezifische Persönlichkeitsausformung der 'Psychopathy' entspreche (Urk. 42 S. 85 f.).

2.3. Erheblichkeit der Tatsachen und Beweismittel

2.3.1. Die neuen Tatsachen und Beweismittel müssen die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen so erschüttern, dass aufgrund des veränderten Sachverhaltes eine Verwahrung wahrscheinlich erscheint (Urk. 3 S. 7 E. 2.2.4). Mithin genügt es für das Bewilligungsverfahren, wenn die neuen Tatsachen und Beweismittel, d.h. vorliegend das neue Gutachten der PUK, geeignet sind, zu einer Anordnung der Verwahrung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB zu führen.

2.3.2. Diese Voraussetzung hat das Bundesgericht ebenfalls bereits bejaht, hält es doch fest, dass der neue massgebliche Sachverhalt, d.h. die neuen tatsächlichen Umstände in Bezug auf den Geisteszustand und die Gefährlichkeit des Gesuchsgegners, eine Verwahrung (bei gegebenen Voraussetzungen) als wahrscheinlich erscheinen lassen (Urk. 3 S. 10 E. 2.5.3 a.E.). Dem ist zuzustimmen und im Übrigen ist die erkennende Kammer an die Erwägungen des Bundesgerichtes gebunden.

2.4. Fazit

Die Voraussetzungen zur Verfahrenswiederaufnahme nach Art. 65 Abs. 2 StGB sind erfüllt, das Revisionsgesuch der Oberstaatsanwaltschaft ist gutzuheissen.

3. Reformatorischer oder kassatorischer Entscheid

3.1. Heisst das Berufungsgericht ein Revisionsbegehren gut, so hebt es soweit erforderlich den angefochtenen Entscheid ganz oder teilweise auf und weist die Sache zur Neuurteilung zurück oder fällt selber einen neuen Entscheid in der Sache (Art. 413 Abs. 2 StPO; vgl. oben Ziff. 1.1 f.). Einen neuen Entscheid in der Sache fällt das Berufungsgericht nur dann, wenn es die Aktenlage erlaubt. Entscheidend ist, ob und inwiefern der den Entscheid fällenden Instanz ein *Ermessenspielraum* zukommt (Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., Art. 413 N 13; Fingerhuth, a.a.O., Art. 413 N 3; BSK StPO - Heer, a.a.O., Art. 413 N 19). Besteht ein zumindest nicht unerheblicher Ermessenspielraum in Hinblick auf die materiell zu entscheidenden Fragen, so ist – insbesondere vor dem Hintergrund des Instanzverlustes bei einem reformatorischen Entscheid – kassatorisch zu entscheiden.

3.2. Vorliegend wird namentlich noch eingehender abzuklären sein, ob und inwieweit die Voraussetzungen für eine Verwahrung sowohl im Urteilszeitpunkt als auch aktuell erfüllt waren respektive sind. Der Entscheid des Gerichts muss sich in jedem Fall auf ein Sachverständigengutachten abstützen, das sich über die Notwendigkeit und die Erfolgsaussichten einer Behandlung, die Art und Wahrscheinlichkeit zukünftig zu erwartender Straftaten sowie die konkreten Behand-

lungsmöglichkeiten zu äussern hat. Die Aktenlage erlaubt diesbezüglich keinen unmittelbaren Entscheid. Zwar liegt ein psychiatrisches Gutachten in den Akten, das die Voraussetzungen gemäss Art. 56 Abs. 3 und 4 StGB erfüllt. Zu berücksichtigen ist zunächst, dass das Gutachten vom 13. Mai 2009 datiert. Ob ein Gutachten hinreichend aktuell ist, beurteilt sich nicht primär aufgrund des formellen Kriteriums des Alters des Gutachtens. Massgeblich ist vielmehr die materielle Frage, ob Gewähr dafür besteht, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung des Gutachtens nicht gewandelt hat (BGE 134 IV 246 E. 4.3). Ferner ist zu berücksichtigen, dass es sich um ein Aktengutachten handelt, da sich der Gesuchsgegner einer persönlichen Untersuchung verweigerte. Zwar können psychiatrische Gutachten nicht nur bei persönlicher Untersuchung fachgerecht erstattet werden können, Aktengutachten müssen jedoch die Ausnahme darstellen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichtes 6B_937/2008 vom 16. Februar 2009). Aufgrund der gesamten Umstände kann demnach nicht ausgeschlossen werden, dass – wie von der Verteidigung beantragt – ein neues Gutachten oder ein Ergänzungsgutachten einzuholen ist. Zudem besteht bei der Frage der Verhältnismässigkeit der Verwahrung (Art. 56 Abs. 2 StGB) ein grosser Ermessensspielraum. Dies gilt umso mehr, als das Amt für Justizvollzug in der Zwischenzeit einen 'Eventualantrag' auf nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme eingereicht hat, auch wenn es diesen damit begründet, dass erhebliche Bedenken hinsichtlich der Anordnung einer stationären Massnahme bestehen, aber es als unumgänglich erachtet werde, diesen alternativen Weg zu beschreiten, um der vom Gesuchsgegner für die Öffentlichkeit ausgehenden Gefahr zu begegnen (Urk. 41/1 S. 4).

3.3. Ein reformatorischer Entscheid im Sinne von Art. 413 Abs. 2 lit. b StPO fällt demnach ausser Betracht. Demzufolge ist das Verfahren zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird auch zu entscheiden haben, ob der Beweisantrag der Verteidigung gutzuheissen und ein neues Gutachten oder ein Ergänzungsgutachten erforderlich ist. In diesem Rahmen wird sie sich auch mit der von der Verteidigung aufgeworfenen Frage der Befangenheit der Gutachterin sowie den anderen Ärzten der PUK (Urk. 24 S. 4 ff.) zu befassen haben.

4. Zuständige Vorinstanz

4.1. Gemäss Art. 453 Abs. 2 StPO erfolgt die neue Beurteilung nach einer Rückweisung durch diejenige Behörde, die nach der StPO für den fraglichen Entscheid zuständig gewesen wäre.

4.2. Ursprünglich war das Geschworenengericht des Kantons Zürich zuständig für die Beurteilung der Verwahrung. Mit dem Inkrafttreten der Eidgenössischen StPO wurde das Geschworenengericht jedoch abgeschafft und an dessen Stelle sind neu die Bezirksgerichte in erster Instanz zuständig (Art. 19 Abs. 1 StGB i.V.m. § 22 GOG und § 27 GOG). Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach Art. 31 ff. StPO. Der Gesuchsgegner beging mehrere Delikte, weshalb Art. 34 Abs. 1 StPO massgebend ist.

4.3. Wie die Oberstaatsanwaltschaft richtig ausgeführt hat (Urk. 19 S. 2), bestimmt sich der örtliche Gerichtsstand grundsätzlich im Zeitpunkt der Anklageerhebung, massgebend wäre somit, was dem Gesuchsgegner in der Anklageschrift vorgeworfen wurde. Jedoch ist ein Tatbestand bei der Bestimmung des Gerichtsstandes nicht mehr relevant, wenn er mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann (BSK StPO - Moser, a.a.O., Art. 34 N 11 mit Hinweisen).

4.4. Vorliegend wurde der Gesuchsgegner in der Anklageschrift zwar als schwerstes Delikt des mehrfachen Mordes angeklagt. Jedoch wurde er gemäss rechtskräftigem Urteil des Geschworenengerichtes wegen eines Mordes (begangen in Zürich) sowie einer vorsätzlichen Tötung (begangen in C._____) schuldig gesprochen, vom Vorwurf eines weiteren Mordes (begangen in Zürich) wurde er (gemäss Erwägungen) freigesprochen (vgl. dazu die 'Eventualbegründung' der Oberstaatsanwaltschaft, Urk. 19 S. 3). Nachdem heute, im Zeitpunkt der Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit, sicher gesagt werden kann, welche Taten der Gesuchsteller begangen hat, und bisher auch noch kein Bezirksgericht (sondern das Geschworenengericht) mit der Sache beschäftigt war, rechtfertigt es sich, vom rechtskräftigen Schuldspruch und nicht der Anklageschrift auszugehen. Würde man bei einem rechtskräftigen Urteil dennoch von der Anklageschrift ausgehen, wäre es in Ausnahmefällen möglich, dass ein Gericht

über eine nachträgliche Verwahrung entscheiden müsste, obwohl der Verurteilte vom Delikt, das er in dessen Bezirk beging, freigesprochen wurde. Im Übrigen kommt man vorliegend auf die gleiche örtliche Zuständigkeit, wenn man von der Anklageschrift ausgeht (vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen der Oberstaatsanwaltschaft, Urk. 19 S. 2).

4.5. Das Bezirksgericht Zürich, in dessen Bezirk der Gesuchsgegner die schwerste Tat beging, ist somit das gemäss Art. 453 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 413 Abs. 2 lit. a StPO zuständige Gericht.

4.6. Lediglich der Vollständigkeit halber ist kurz auf die weiteren Vorbringen der Verteidigung einzugehen. Es wurde geltend gemacht, die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung verstosse gegen den Grundsatz 'ne bis in idem' und das Rückwirkungsverbot. Diesbezüglich kann auf die Erwägungen der Revisionskammer im Beschluss vom 29. März 2010 verwiesen werden (Urk. 1/27). Bundesgesetze sind von den Gerichten anzuwenden, eine Normenkontrolle existiert in der Schweiz nicht (Art. 190 BV). Betreffend das Rückwirkungsverbot kann zudem auf die Erwägungen des Bundesgerichtes in BGE 134 IV 121 verwiesen werden. Weitere Ausführungen erübrigen sich. Indem das Bundesgericht die Sache zur Prüfung zurückwies, ob die Voraussetzungen für eine nachträgliche Anordnung der Verwahrung erfüllt sind, hat es denn auch implizit festgestellt, dass Art. 65 Abs. 2 StGB rechtsgültig und anzuwenden ist.

5. Fazit

Das Verfahren ist somit an das Bezirksgericht Zürich zur Neuurteilung im Sinne der obigen Erwägungen zu überweisen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Revisionsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 4 StPO).

IV. Rechtsmittel

Beim vorliegenden (Rückweisungs-) Entscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid. Als solcher ist er nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6B_52/2011 vom 9. März 2011 mit Hinweisen).

Es wird beschlossen:

1. Das Revisionsgesuch der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich wird gutgeheissen.
2. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur neuen Behandlung und Beurteilung an das Bezirksgericht Zürich überwiesen.
3. Die Kosten des Revisionsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Gesuchgegners
 - die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich
 - das Bezirksgericht Horgen (in Prozess Nr. DA120004)
 - das Geschworenengericht (in Prozess Nr. WG100005)sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - das Bezirksgericht Zürich (unter Beilage der Akten)

5. Gegen diesen Entscheid kann - unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes - bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist **innert 30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 26. Juli 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Langmeier

lic. iur. J. Stark